

EXCEPCIÓN, NECESIDAD Y CONSTITUCIÓN

GERMÁN GÓMEZ ORFANEL

Catedrático emérito de Derecho Constitucional

Universidad Complutense de Madrid

TRC, n.º 48, 2021, pp. 193-214

ISSN 1139-5583

SUMARIO

I. Presentación con alguna aportación personal. II. La contribución de las teorías de la Razón de Estado. III. Locke y su noción de prerrogativa. IV. Modelos de regulación de las situaciones de excepción en el Estado constitucional. V. El estado de necesidad y su problemática relación con el Derecho Constitucional. La influencia de Carl Schmitt. VI. Reflexión final sobre el modelo español.

I. PRESENTACIÓN CON ALGUNA APORTACIÓN PERSONAL

Me propongo, en las páginas que siguen, analizar y comentar algunos aspectos de los efectos de las situaciones de excepción sobre el orden jurídico preconstitucional y constitucional y su capacidad de resistencia frente a la facticidad de la emergencia, no previsible en múltiples ocasiones. Un enfoque de estas cuestiones se ha basado frecuentemente en la distinción entre lo normal y lo excepcional, tarea que no deja de tener sus dificultades.

Con la pandemia del coronavirus en la que seguimos todavía viviendo, la inmensa mayoría de los habitantes del planeta hemos tenido que soportar la irrupción de circunstancias extraordinarias, difícilmente imaginables, en nuestras vidas, el alejamiento de prácticas habituales muy estimadas y todo ello ha generado fuertes reacciones en los diversos sectores de nuestra organización social, política y económica y por supuesto en el ámbito jurídico y especialmente constitucional, afectando a la organización de los poderes públicos y la protección de los derechos fundamentales. La intensidad de la emergencia nos ha obligado involuntariamente a «vivir peligrosamente» y a desear una vuelta a la normalidad aunque fuese nueva, distinta a la anterior.

Si paso revista a mi biografía soy consciente de haber vivido hasta mis veintiocho años, hasta 1975 por lo menos, en lo que técnicamente puede catalogarse

como un Estado de excepción permanente¹ surgido en 1936, cuando un grupo de generales, previo golpe militar, decidió transmitir a uno de ellos, nada menos que todos los poderes del Estado². Posteriormente las llamadas leyes de prerrogativa, y tal denominación es significativa, de 1938 y 1939 le confirmaron la atribución del poder legislativo, del reglamentario, pero también del constituyente por llamarlo de alguna manera³.

Me recuerdo en 1966⁴, como estudiante de tercero de Derecho, siguiendo con interés por televisión la presentación por Franco y ante las Cortes, de la Ley Orgánica del Estado, intento o simulacro de «constitucionalizar» o al menos ins-titucionalizar el régimen.

En el Preámbulo del texto de dicha Ley Fundamental publicada en el BOE de 11 de enero de 1967, y que modificaba otras Leyes Fundamentales anteriores, se aludía a la potestad legislativa otorgada a Franco por las mencionadas leyes de prerrogativa, al correspondiente acuerdo aprobatorio de las Cortes y al resultado confirmatorio del referéndum⁵ de 14 de diciembre de 1966. Sin embargo lo que no deja de llamar la atención es que su disposición transitoria primera establecía que las atribuciones concedidas al Jefe del Estado por las citadas leyes, «subsistirán y mantendrán su vigencia», mientras Franco ocupase la Jefatura del Estado⁶. Por otro lado en el artículo 10 de la LOE, se reconocía al Jefe del Estado la facultad de adoptar medidas excepcionales, a modo de una «dictadura constitucional» e imitando el artículo 16 de la Constitución francesa de 1958⁷.

1 Una versión actualizada y singular de tal noción, en AGAMBEN, G.: *Estado de excepción. Homo sacer II. 1*, Pre-textos, Valencia, 2004.

2 «En cumplimiento de acuerdo adoptado por la Junta de Defensa Nacional, se nombra Jefe del Gobierno del Estado español al Excmo. Sr. General de División don Francisco Franco Bahamonde, quien asumirá todos los poderes del nuevo Estado» (artículo 1 del Decreto 138/1936, de 29 de septiembre).

3 «Al Jefe del Estado, que asumió todos los Poderes por virtud del Decreto de la Junta de Defensa Nacional de 29 de septiembre de 1936, corresponde la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general» (artículo 17 de la Ley de 30 de enero de 1938).

«Correspondiendo al Jefe del Estado la suprema potestad de dictar normas jurídicas de carácter general... y radicando en él de modo permanente las funciones de gobierno, sus disposiciones y resoluciones, adopten la forma de Leyes o de Decretos, podrán dictarse aunque no vayan precedidas de la deliberación del Consejo de Ministros, cuando razones de urgencia así lo aconsejen, si bien en tales casos el Jefe del Estado dará después conocimiento a aquél de tales disposiciones o resoluciones». (artículo 7 de la Ley de 8 de agosto de 1939).

4 Hasta mis 17 años, coincidiendo con mi entrada en la Universidad, podría afirmar que vivía dentro de lo que ahora se llamaría una burbuja, en el sentido de que el franquismo me parecía, como a otros muchos, algo natural y «normal».

5 «... de conformidad... con la expresión auténtica y directa del pueblo español, manifestada por la aprobación del ochenta y cinco comas cincuenta del cuerpo electoral, que representa el noventa y cinco coma ochenta y seis por ciento de los votantes, en el Referéndum nacional...».

6 Además se mantendrían las prerrogativas de los artículos 6 y 13 de la Ley de Sucesión. Es decir, proponer en cualquier momento a las Cortes un sucesor a título de Rey o Regente y revocar la propuesta (Artículo 6), y excluir de la sucesión a aquellas personas reales... que por su desvío notorio de los principios fundamentales del Estado o por sus actos, merezcan perder los derechos de sucesión...» (Artículo 13).

Franco podría haber establecido una dinastía real, incluso con sus familiares.

7 «El Jefe del Estado estará asistido por el Consejo del Reino para...d) Adoptar medidas excepcionales cuando la seguridad exterior, la independencia de la Nación, la integridad del territorio, o el sistema

Esta Ley Fundamental no era una Constitución, sobre todo si tenemos en cuenta los criterios establecidos por el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789⁸, pero no han faltado opiniones que han considerado que tales leyes de prerrogativa eran la auténtica «Constitución» del Régimen, o que existían dos ámbitos de constitucionalidad que podían entrar en conflicto⁹.

Tras la aprobación de la Ley Fundamental para la Reforma política y la celebración de las primeras elecciones democráticas en junio de 1977, la Constitución de 1978, con sus luces y sombras, supuso un marco para la normalización democrática, aunque sometida a graves sobresaltos como el frustrado golpe de Estado de febrero de 1981.

En 1984, bajo la dirección de F. Rubio Llorente, defendí mi tesis doctoral sobre Carl Schmitt, uno de los principales teóricos de los poderes de emergencia y entusiasta de lo excepcional, que sería publicada dos años después¹⁰.

Este artículo se centra en la relación de los poderes de excepción o de emergencia con las Constituciones y su capacidad para regularlos o ser desplazadas y suspendidas por ellos. En tal sentido analizo en primer lugar algunos elementos significativos de las teorías de la Razón de Estado (II) y a continuación el sentido y trascendencia de la noción de prerrogativa en el pensamiento de Locke (III). Tras comentar los criterios para la clasificación de las situaciones de excepción (IV), dedicaré especial atención al problemático estado de necesidad y a la influencia de Carl Schmitt (V), finalizando con un breve comentario sobre el modelo constitucional español (VI).

II. LA CONTRIBUCIÓN DE LAS TEORÍAS DE LA RAZÓN DE ESTADO

Respecto al poder político y su relación con el derecho, ya desde los siglos XII y XIII los canonistas distinguían entre *potentia absoluta* y *ordinata*. La segunda asociada con el uso ordinario del poder y la gestión de los asuntos comunes y

institucional del Reino estén amenazados de modo grave e inmediato, dando cuenta documentada a las Cortes» (Artículo 10 d).

La Ley 45/1959, de Orden público regulaba por su parte los estados de excepción y de guerra.

8 En contraste con la división de poderes, se afirma que «el sistema institucional del Estado español responde a los principios de unidad de poder y coordinación de funciones» (Artículo segundo II).

«El Jefe del Estado... personifica la soberanía nacional» (Artículo sexto).

9 GIMÉNEZ MARTÍNEZ, M. A.: «Las Leyes Fundamentales y la construcción del «constitucionalismo cosmético» franquista», *Glossae. European Journal of Legal History*, 12,2015, pp. 382-402 (p. 385).

ESTEBAN, J. de y LÓPEZ GUERRA, L.: *La crisis del Estado franquista*, Labor, Barcelona, 1973, p. 72.

10 GÓMEZ ORFANEL, G.: *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1986.

Anteriormente había publicado uno de mis primeros trabajos con el título: «Crisis, decisión y excepción: Carl Schmitt como pretexto», *Negaciones*, 2, 1976, pp. 175-198.

conforme al derecho, en tanto que la *absoluta* se correspondería con el ejercicio del poder en casos excepcionales¹¹. En torno a la relación entre normas y situaciones de excepción, en el pensamiento político medieval se admitía que para defender la utilidad pública o el bien común, el emperador y los reyes ante una situación de necesidad podían transgredir no solo la ley común («*excessum iuris propter bonum commune*»), sino también la ley natural, no teniendo nada de arbitraria la suspensión del derecho común y natural, al servicio del denominado Bien Común.

Como puede deducirse, existen fuertes conexiones entre el tratamiento jurídico-político de lo excepcional y la Razón de Estado. Analizando el pensamiento de Maquiavelo en relación con tal doctrina, M. Senellart ha señalado cuatro posiciones principales mencionando los autores que las han defendido:

- 1) Maquiavelo habría inventado la Razón de Estado (B. Croce, F. Meinecke).
- 2) La Razón de Estado, era algo conocido antes de Maquiavelo (E. H. Kantorowicz, G. Post, I. Berlin).
- 3) La Razón de Estado se descubriría con posterioridad a Maquiavelo (M. Foucault).
- 4) La doctrina de Maquiavelo no podría plantear el problema de la RE (C.J. Friedrich)¹².

En cualquier caso me parecen bastante convincentes los argumentos de G. Post en el sentido de que elementos importantes de la teoría de la RE eran conocidos en la Edad Media e incluso algunos tenían sus raíces en el derecho romano. Esta posición tiende a generar una cierta intemporalidad si se la considera como un principio que, 1) privilegia el interés común en relación con los intereses particulares en caso de conflicto, 2) legitima el empleo de medios extraordinarios en las situaciones de urgencia, 3) admite compromisos con las leyes morales al servicio de un fin ético más elevado, 4) tolera un mal menor para evitar otro mayor, 5) justifica los medios por el fin¹³. Conceptos como la *utilitas publica* de Juan de Salisbury (*Policraticus*, publicado en 1159), *ratio status*, *ratio publicae utilitatis* o el principio de que la necesidad no conoce ley (*necessitas non habet legem*), aceptado por Tomás de Aquino, son familiares para los autores medievales, e influirán en las formulaciones de los teóricos de la RE a partir de los siglos XVI y XVII.

Michel Senellart iniciaba su libro sobre el maquiavelismo y la Razón de Estado con las siguientes palabras que constituyen una lograda síntesis:

11 OAKLEY, F.: «Jacobean Political Theology: The absolute and ordinary power of the King», *Journal of the History of Ideas*, 29, 1968, pp. 323-346.

12 «La raison d'Etat antimachiavélienne. Essai de problématisation», en LAZZERI, CH. y REYNÉ, D.: *La raison d'Etat: politique et rationalité*, Presses Universitaires de France, Paris, 1992, pp. 15-42 (p. 18).

13 POST, G.: «Ratio publicae utilitatis, ratio status and "reason of State", 1100-1300», *Studies in Medieval Legal Thought, Public Law and State*, Princeton, 1964, pp. 241-309, (p. 253).

«La razón de Estado de nuestros días designa el imperativo en cuyo nombre el poder se permite transgredir el derecho a causa del interés público. Tres condiciones la determinan: el criterio de la necesidad, la justificación de los medios por un interés superior y la exigencia del secreto»¹⁴.

El mérito de Maquiavelo residiría en haber sido el primero en transformar una máxima de excepción, que suponía una ruptura con el orden ético y jurídico, en un precepto permanente: el Estado no conoce otra ley que el afán por su propia conservación. Por ello en opinión de Senellart, lo cual según hemos comentado no deja de ser discutible, habría inventado la Razón de Estado¹⁵.

En 1605 se publicó la obra de Arnold Clapmar o Clapmarius, *De arcanis rerum publicarum* dedicada especialmente al análisis de los secretos de Estado y en la que se refleja la distinción del autor entre un *ius imperii*, fuente de todo poder y derecho, sometido a la ley y apropiado para gobernar en un Estado pacificado y en situación de normalidad, y el *ius dominationis* (en el ámbito de la razón de Estado), considerado como derecho de necesidad y exorbitante, consistente en excepciones, dispensas y derogaciones del derecho común. Consecuentemente Clapmar clasificaba los secretos como *arcana imperii* y *arcana dominationis*¹⁶. Años después, en 1639 se publicó en Roma el importante libro de Gabriel Naudé sobre los que él denominaba «golpes de Estado»¹⁷ y que no coinciden con lo que actualmente se entiende bajo tal calificación. Naudé distingue entre razón de Estado, máximas de Estado y golpes de Estado, y estas tres categorías tendrían en común el ser acciones que exceden el límite del derecho común por el bien público (*ut sint excessus iuris communis propter bonum commune*), pero Naudé considera a los golpes de Estado como «acciones audaces y extraordinarias que los príncipes se ven obligados a ejecutar en el acometimiento de las empresas difíciles y rayanas en la desesperación, contra el derecho común, y sin guardar ningún orden ni forma de justicia, arriesgando el interés de los particulares por el bien general» (p.82). Las reglas principales de los golpes serían la sorpresa y el secreto¹⁸. Por un lado la acción precedería a su legitimación y por otro el secreto sería un requisito para su éxito.

La práctica política autónoma respecto de la moral, del derecho y de la religión es el objeto del texto de Naudé. La necesidad es la ley de tal acción política

14 SENELLART, M.: *Machiavélisme et Raison d'Etat XII-XVIII siècle*, PUF, Paris, 1989, p. 5.

15 SENELLART, M.: op. cit. p. 6.

16 Véase GÓMEZ ORFANEL, G.: «El secreto de Estado en Saavedra Fajardo», *Res Publica*, 19, 2008, pp. 177-188.

17 Tenemos una versión en castellano, NAUDÉ, G.: *Consideraciones políticas sobre los golpes de Estado*. (Estudio preliminar, traducción y notas de GÓMEZ RODRIGUEZ, C.), Tecnos, Madrid, 1998.

18 «...se ve caer el rayo antes de oír el trueno entre las nubes ...se cantan los maitines antes de que a maitines toquen; la ejecución precede a la sentencia; todo se lleva a efecto al estilo de los judíos...de improviso y sin advertencia; recibe el golpe quien pensaba darlo; pierde la vida quien creía estar a salvo, quien nada temía es golpeado por el mal; todo se ejecuta de noche, a oscuras y en medio de brumas y tinieblas...», p. 83.

que puede presentarse como ordinaria, extraordinaria o excepcional, asociada esta última con los golpes de Estado¹⁹.

En opinión de Alessandro Piazzi, la soberanía para Naudé sería un fenómeno extrajurídico y político. El principio «*salus populi suprema lex esto*» convertiría al soberano en señor de las leyes, pues la legalidad no es un fin en sí misma, sino subordinada a una perspectiva más amplia del bienestar público. El caso excepcional es el fundamento del pensamiento de Naudé sobre los golpes de estado. Si los procedimientos ordinarios no bastan para combatir un mal grave que ponga en peligro el orden político, será lícito suspender tales procedimientos y recurrir a medios extraordinarios²⁰.

III. LOCKE Y SU NOCIÓN DE PRERROGATIVA

John Locke (1632-1704), incluyó en su trascendental obra *Second Treatise on Government* (1690), un capítulo (XIV) con el título «De la Prerrogativa», en el que en línea con lo que he analizado en páginas anteriores, le califica como «facultad de actuar a favor del bien público siguiendo los dictados de la discreción, sin esperar los mandatos de la ley, e incluso en contra de ellos» (§160)²¹, añadiendo en un párrafo posterior que, «la prerrogativa no es sino el poder de realizar el bien público sin norma previa» (§166). Aunque el poder legislativo es el poder supremo (§150), el ejercicio de la prerrogativa corresponde al ejecutivo²², que deberá ejercerla en beneficio de la comunidad²³. Además la prerrogativa se basa en una (tácita) autorización del pueblo para actuar en ocasiones sin ley o contra la ley a reserva de una eventual aprobación posterior por parte del mismo. Cuando la prerrogativa se ejerce de modo ilegítimo o arbitrario, al servicio de intereses particulares, se convierte en tiranía. Lo básico es valorar si aunque se aparte de la legalidad, se cumple con la norma suprema, que es el bien del pueblo²⁴, pues además existe una ley

19 ZARKA, Y. Ch.: «Raison d'Etat, maximes d'Etat et coups d'Etat chez Gabriel Naudé», en ZARKA, Y. Ch. (director): *Raison et Déraison d'Etat. Théoriciens et théories de la raison d'Etat aux XVI et XVII siècles*, Presses Universitaires de France. Paris, 1994, pp. 151-169.

20 PIAZZI, A.: Introducción a la traducción al italiano del texto de Naudé, *Considerazioni politiche sui colpi di Stato*, Giuffré, Milán, 1992, pp. 57-59.

21 He utilizado la edición de la Editorial Aguilar, Madrid, 1969, con una Introducción de L. RODRÍGUEZ ÁRANDA.

22 «... el bien de la sociedad exige que deje varias cosas al buen juicio de la persona que ejerce el poder ejecutivo (§159)... Se deja cierta holgura al poder ejecutivo para que realice a su elección muchas cosas que la ley no ordena» (§160).

23 «La prerrogativa no es otra cosa que un poder puesto en manos del príncipe, con objeto de que provea al bien público en aquellas circunstancias imprevistas e indeterminadas y que, por esa misma razón, es imposible reglamentar con seguridad mediante leyes fijas e inmutables. Por consiguiente, cuanto el monarca pueda hacer en interés evidente del pueblo y para asentar el gobierno sobre bases que respondan a la verdad, es y será siempre una prerrogativa justa» (§158).

24 FATOVIC, C.: «Constitutionalism and contingency: Locke's Theory of prerogative», *History of Political Thought*, 25, 2004, p. 276-297.

fundamental de la naturaleza y del gobierno, consistente en que todos los miembros de la sociedad sean protegidos hasta donde sea posible (§159).

Locke establecería un modelo que incluiría dos tipos de autoridad, la legal y la prudencial. El primero supondría ejercer un poder estructurado y conforme con las normas institucionales y procedimentales establecidas, el segundo no estructurado y potencialmente ilimitado al servicio de la necesidad. Un derecho normal creado mediante los procesos legislativos, expresión del consentimiento del pueblo a través de sus representantes, y por el otro lado un poder *extra* y *contra legem*, fuera de la constitución, del derecho establecido y permanente²⁵.

Pero ¿quién juzga o decide si el uso de la prerrogativa ha sido legítimo? Locke afirma claramente que no hay jueces habilitados para ello y escribe la célebre y enigmática frase de que «cuando no tiene juez sobre la tierra, no le queda al pueblo más solución que recurrir al cielo» (§168).

En el esquema de poderes de Locke²⁶ (legislativo, ejecutivo y federativo) y a diferencia de Montesquieu, los jueces no aparecen integrando un poder del Estado y la apelación al cielo no se refiere a solicitar una ayuda sobrenatural, sino a algo distinto, el pueblo no puede actuar como Juez, pero podría en un caso grave y extremo, ejercer su derecho a la resistencia, a la revuelta contra los gobernantes que ilegítimamente «han ejercido un poder que jamás el pueblo puso en sus manos», a recuperar su poder originario, me atrevería a decir, ya que Dios y la Naturaleza no permiten al hombre que se abandone hasta el punto de descuidar su propia conservación» (§168).

Puede sorprender que en estas páginas Locke defienda posiciones semejantes a las contenidas en las teorías anteriores sobre la razón de Estado. No olvidemos por otro lado la oposición de Locke al absolutismo monárquico y su defensa de una monarquía constitucional, es más se le considera uno de los grandes teóricos de la Revolución de 1688 reflejada en el *Bill of Rights* de 1689²⁷.

Locke parece reservarse claramente la justificación en situaciones excepcionales de actuaciones extralegales o incluso extraconstitucionales, correspondiendo al pueblo en última instancia y en los casos-límite, la posibilidad al menos teórica de decir la última palabra, y también la de juzgar *a posteriori* si el uso de la prerrogativa por parte del poder ejecutivo ha sido correcto y legítimo, es decir si estaba dirigido al interés público²⁸. De tal modo que si el pueblo decidiera que la

25 POOLE, TH.: «Constitutional exceptionalism and the common law», *International Journal of Constitutional Law*, 7, 2009, pp. 247-274.

26 Capítulo XII.

27 Recordemos que en el citado documento se establecía lo siguiente:

«That the pretended power of suspending the laws or the execution of laws by regal authority without consent of Parliament is illegal; That the pretended power of dispensing with laws or the execution of laws by regal authority, as it hath been assumed and exercised of late, is illegal.

28 «Community power remains dormant until government is dissolved and the people decide when government is dissolved», FELDMAN, L. C.: «Judging necessity: Democracy and extralegalism», *Political Theory*, 36, 2008, pp. 550-577.

acción extralegal supone una actuación tiránica, retroactivamente podríamos identificar la formación de un *poder constituyente*, mientras que si más bien estimara que tal acción es una legítima prerrogativa extralegal, retroactivamente se convertiría en el estable y obediente *poder constituido*²⁹. Por ello su aportación ha servido de referente también para autores partidarios del estado de necesidad y especialmente, como veremos más adelante, de los defensores de actuaciones extraconstitucionales de reacción frente al terrorismo y a lo que significaron sobre todo en Estados Unidos los ataques del 11 de septiembre de 2001.

IV. MODELOS DE REGULACION DE LAS SITUACIONES DE EXCEPCIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

Aunque la pandemia del COVID 19 ha sacudido con una trascendencia e intensidad imprevistas el tratamiento político, económico y por supuesto jurídico de las situaciones de excepción, reflejo de las categorías de normalidad y excepcionalidad, incorporando además nuevas e incluso impensables perspectivas, siguen siendo de utilidad aportaciones que nos han ofrecido criterios para reducir en alguna medida la complejidad y variedad de los fenómenos de excepción.

En tal sentido citaré en primer lugar a Cruz Villalón, un autor ya clásico entre nosotros, quien en una de sus primeras publicaciones, concretamente en su tesis doctoral, aludía a tendencias evolutivas del Derecho constitucional que se reflejaban «en la conversión del poder constituyente en poder de revisión... la defensa de la Constitución en control de constitucionalidad, pero sobre todo, en la conversión del estado de necesidad en derecho de excepción»³⁰. Años después³¹, comentando las opciones del constituyente para enfrentarse a las circunstancias excepcionales, caracterizó al estado de necesidad por la ausencia de derecho de excepción, por la inexistencia de la hipótesis de que la Constitución pudiese ser suspendida³². Sin embargo ante la imposibilidad de que el estado de excepción pueda prever y regular todas las situaciones que se produzcan, el estado de necesidad podría surgir con carácter residual. Lo que caracteriza pues al estado de necesidad, como veremos más adelante, es su extraconstitucionalidad. La defensa de la existencia del Estado y de su supervivencia justificaría el que todas las normas jurídicas, incluyendo la Constitución, pudiesen ser desplazadas.

Dentro de los estados que incorporan un derecho de excepción distingue Cruz Villalón entre el estado excepcional y la dictadura constitucional. El primero

29 FELDMAN, L.C: «Judging...», p. 565.

30 CRUZ VILLALÓN, P.: *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado (1789-1878)*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1980, p. 9.

31 CRUZ VILLALÓN, P.: *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 23-35.

32 En sentido contrario, recordemos el artículo 130 de la Constitución belga de 1831: «La Constitución no puede ser suspendida ni en su totalidad, ni parcialmente».

pretende mantener el imperio de la Constitución (aunque entre en vigor una Constitución de «reserva» y «resistente a la excepción»), y del Estado de Derecho frente a la emergencia que podrá ser tipificada e incluso graduada, es decir señalando diversos estados de excepción, y delimitando incluso las medidas extraordinarias para superar la emergencia. Este sería el modelo elegido por el constituyente español de 1978.

La dictadura constitucional renuncia a prever las situaciones de crisis y genera una concentración del poder del Estado en manos del Ejecutivo o del Jefe del Estado, utilizando la fórmula de un apoderamiento o cláusula general para adoptar las medidas necesarias. Por ello se puede incluir al artículo 48 de la Constitución de Weimar, aunque existen opiniones contrapuestas dada la complejidad de su contenido³³. El ejemplo vigente más significativo es el recogido en el artículo 16 de la Constitución francesa de 1958³⁴ en el que indudablemente se produce una concentración de poder en el Presidente, aunque se garantiza la permanencia de las cámaras y del Consejo Constitucional, cuyas competencias aumentaron con la reforma constitucional de 23 de julio de 2008, en el sentido de poder controlar la necesidad de mantener vigentes tales poderes.

Si analizamos el contenido del valioso y elaborado texto de G. Camus publicado pocos años después de la activación del artículo 16 en 1961, especialmente teniendo en cuenta su título, cabe pensar que considera a los poderes extraordinarios previstos en el mencionado artículo como asociados también con el estado de necesidad³⁵. Lo cual fundamenta la opinión de que los instrumentos de excepción de los diferentes Estados tengan con frecuencia una tipología híbrida.

Cuarenta años después de la publicación de la tesis de Cruz Villalón, en una monografía ciertamente interesante y elaborada, que acaba de publicarse³⁶, se recoge la distinción entre las denominadas técnicas extraconstitucionales de excepción que incluirían la ley marcial, los *bills of indemnity* y los plenos poderes, mientras que se considera a las cláusulas generales de apoderamiento y a los estados excepcionales, como categorías constitucionalizadas del poder de excepción.

En el ámbito italiano Marazzita establece una tipología tripartita situando en un extremo la crisis constitucional asociada con un nuevo poder constituyente, en el otro la excepción relativa relacionada con desviaciones provisionales respecto al derecho normalmente vigente pero que pueden volver a conectarse con el sistema

33 48.2. «Cuando en el Reich alemán se hayan alterado gravemente, o estén en peligro la seguridad y el orden públicos, el Presidente del Reich puede adoptar las medidas adecuadas para el restablecimiento de dicha seguridad y orden públicos, incluso con la ayuda de la fuerza armada en caso necesario.

34 «Cuando las instituciones de la República, la independencia de la Nación, la integridad de su territorio o el cumplimiento de sus compromisos internacionales estén amenazados de manera grave e inmediata y el funcionamiento regular de los poderes públicos constitucionales quede interrumpido, el Presidente de la República adoptará las medidas requeridas por las circunstancias tras consulta oficial con el Primer ministro, los Presidentes de las cámaras y el Consejo Constitucional.

35 CAMUS, G.: *L'état de nécessité en démocratie*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1965, (páginas 207 y ss.).

36 GARRIDO LÓPEZ, C.: *Decisiones excepcionales y garantía jurisdiccional de la Constitución*. Marcial Pons, Madrid, 2021. Especialmente el capítulo I, «Anormalidad constitucional y poderes de excepción», pp. 23-47.

jurídico. En el medio se hallaría la excepción absoluta (o crisis constitucional conservacionista) en la que un sujeto político y con fines no constituyentes, actúa *contra legem* asumiendo competencias no previstas ni reguladas en el ordenamiento jurídico. Solo en el supuesto de excepción relativa cabe realizar un análisis jurídico³⁷.

Aunque referidos al ámbito constitucional alemán me han llamado notablemente la atención los criterios clasificatorios de András Jakab³⁸ a los que denomina «paradigmas del estado de emergencia».

Distingue entre *State-Centered Theories* y *Constitution-Centered Theories*. Las primeras se basan en que el Estado tiene un derecho natural y no positivo para actuar a favor de su autodefensa. Dentro de esta categoría cabría a su vez diferenciar entre una perspectiva clásica radical y otra moderada que considera que el poder de emergencia es vinculable con ciertas condiciones al derecho positivo. Entre los teóricos «clásicos» sitúa a Rudolf Jhering, Hans Nawiasky, Carl Schmitt, Paul Kirchhof y Herbert Krüger, aunque destaca sobre todo a Klaus Stern para quien debe reconocerse la normatividad del derecho positivo solo dentro de los límites de tal derecho natural no escrito, del derecho del Estado a su existencia. Entre los moderados menciona a Ernst-Wolfgang Böckenförde quien parte de la aceptación de tal derecho suprapositivo como un «apoderamiento general abierto» y que en caso extremo se impondría al derecho constitucional, salvo que éste se manifestara a través de una regulación suficientemente detallada, cosa que en su opinión no sucede en el texto de la *Grundgesetz* alemana.

Las teorías constitucionalistas se basarían en la consideración de los estados de emergencia como una situación no extraconstitucional, sino singularmente constitucional o regulable por la norma suprema, desconfiando de los poderes de excepción no escritos o implícitos. En esta línea Jakab menciona a autores como Georg Jellinek, Hans Kelsen, Konrad Hesse y Heinrich Oberreuter, entre otros.

Las cuestiones nucleares que Jakab plantea en relación con Alemania, aunque extrapolables a otros Estados, son las de si existen o no poderes de emergencia anteriores y superiores al derecho positivo, y si solo pueden ejercerse aquellos que están regulados explícitamente en el texto constitucional.

Jakab concluye afirmando que se plantearía el dilema entre gestionar con eficacia y realismo los ataques al Estado y a la Constitución y el temor al abuso de los poderes de emergencia, aconsejando el logro de un equilibrio entre eficacia (a mayor peligro, mas poderes de emergencia) y el temor al abuso (a menor peligro, menos poderes de emergencia)³⁹.

37 MARAZZITA, G.: *L'emergenza costituzionale. Definizione e modelli*, Giuffrè, Milán, 2003, citado por GUARESCHI, M. y RAHOLA, F.: «Il sublime dell'eccezione», *Fundamentos*, 8/2014, pp. 355-376 (p. 366).

38 JAKAB, A.: «German Constitutional Law and Doctrine on State of Emergency. Paradigms and Dilemmas of a Traditional (Continental) Discourse», *German Law Journal*, 7, n.º 5, 2005, pp. 453-477. Jakab es profesor en la Nottingham Trent University.

39 JAKAB, A.: p. 476.

Importantes tratados sobre derechos humanos han previsto la incidencia de las situaciones de excepción sobre la observancia de los mismos. Así, en el ámbito del Consejo de Europa, el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 4 de noviembre de 1950 (CEDH), permite la derogación de las obligaciones previstas en el Convenio, como consecuencia de las medidas adoptadas por los Estados «en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación» (Artículo 15.1).

Determinados derechos quedarían fuera de tal posible derogación, como el derecho a la vida, salvo las muertes resultantes de actos lícitos de guerra, la prohibición de la tortura y de la esclavitud y el principio de legalidad penal (Artículo 15.2). Cuando se menciona la categoría de derogación, no hay que entenderla como pérdida de vigencia de una norma, sino más bien como desplazamiento o suspensión temporal de la misma⁴⁰.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y políticos, de 16 de diciembre de 1966 recoge en su artículo 4 una regulación semejante a la del CEDH, si bien no podrán suspenderse en situaciones de excepción derechos como los citados anteriormente, a los que se añaden la prohibición de encarcelamiento por incumplimientos contractuales, el derecho a la personalidad jurídica y la libertad de pensamiento (Artículo 4.2).

El Consejo de Europa, a través de la Comisión europea para la democracia por el derecho (Comisión de Venecia), ha elaborado en los últimos años valiosos informes y entre ellos algunos dedicados a los estados de excepción. Destacaría el de 26 de mayo de 2020⁴¹, en el que se incorporan principios, garantías y requisitos sobre como deberían ejercerse los poderes de emergencia, llegando a la relevante conclusión de que «la dicotomía entre la normalidad y la excepción...no tiene por qué implicar una dicotomía entre la acción eficaz contra la emergencia y el constitucionalismo democrático, o entre la protección de la salud pública y el Estado de derecho» (122, p. 27).

V. EL ESTADO DE NECESIDAD Y SU PROBLEMÁTICA RELACIÓN CON EL DERECHO CONSTITUCIONAL. LA INFLUENCIA DE CARL SCHMITT

En 1996 se publicó en España una importante y novedosa monografía que se basaba en una categoría más amplia que las de excepción y emergencia, la necesidad,

40 ROCA, M.: «La suspensión del Convenio Europeo de derechos humanos desde el derecho español: procedimiento y control», *Revista española de derecho europeo*, 72, 2019, pp. 43-72. Véase además, GREENE, A.: «Separating normalcy from emergency: the jurisprudence of article 15 of the European Convention on Human rights», *German Law Review*, 12, 2011, pp. 1764-1785.

41 COMISIÓN EUROPEA PARA LA DEMOCRACIA POR EL DERECHO: *Respeto por la democracia, derechos humanos y el Estado de Derecho durante los estados de emergencia-Reflexiones*, Estudio 987/2020, Estrasburgo, 26 de mayo de 2020.

que desde la perspectiva que nos interesa destacar,» no solo permitirá exceptuar temporalmente el Derecho ordinario cuando la situación de crisis sea tan extrema que haga peligrar la vida del Estado sino que además servirá de justificación (fáctica para unos, jurídica para otros) de las medidas que los Poderes Públicos se vean obligados a adoptar para superar la situación de peligro»⁴². Se alude posteriormente a dos tipos de estado de necesidad, en sentido estricto y en sentido amplio, caracterizado el primero por el silencio de los textos constitucionales y porque como último recurso se apela a la autodefensa del Estado. De modo expreso se posicionó Schmitt en esta línea en 1924 en un texto sobre los poderes de excepción de la Constitución de Weimar⁴³. Sin embargo Schmitt señala que los poderes presidenciales recogidos en el artículo 48.2 deben considerarse como una competencia constitucional, un estado de excepción como institución jurídico constitucional y no como derecho de necesidad. A pesar de estas argumentaciones, Schmitt no renunciará en absoluto a descubrir dentro del mencionado artículo elementos justificadores de eventuales apelaciones al estado de necesidad.

No faltan opiniones que aluden a que forma parte de la esencia del estado de necesidad el no estar contemplado en los textos constitucionales, teniendo en cuenta además que es imprevisible y que se basa en una vulneración de los mismos⁴⁴. Sin embargo, un enfoque más amplio aceptaría estados de necesidad a pesar de que estuvieran previstos en la constitución, siempre que se produzca una concentración de poderes por la decisión del órgano llamado a beneficiarse de ella. Con ello se estaría aceptando la presencia de un eventual estado de necesidad, armonizable con la previsión constitucional de una cláusula de apoderamiento general⁴⁵. El ejemplo típico es el artículo 16 de la Constitución francesa de 1958, mencionado anteriormente y que es compatible con la existencia en el ordenamiento jurídico francés de estados de excepción, como el estado de sitio (artículo 36 de la Constitución), el estado de emergencia creado por una ley de 3 de abril de 1955 y modificado por otras leyes posteriores y el estado de emergencia sanitaria, creado por una ley de 23 de marzo de 2020⁴⁶.

42 ALVAREZ GARCÍA, V.: *El concepto de necesidad en Derecho público*, Civitas, Madrid, 1996 (p. 36).

43 «El derecho del Estado en una situación de emergencia consiste en que algún órgano estatal que sea competente para actuar procede, en un caso extremo imprevisto, al margen o en contra de cláusulas constitucionales, a fin de salvar la existencia del Estado y hacer lo que requiere la situación. Un derecho así del Estado, es frecuentemente fundamentado en el hecho de que en la Constitución hay necesariamente una “laguna”...». SCHMITT, C.: «La dictadura del Presidente del Reich según el artículo 48 de la Constitución de Weimar», en, *Ensayos sobre la dictadura 1916-1932* (Estudio preliminar de J. M. BAÑO LEÓN), Tecnos, Madrid, 2013, pp. 297-350 (p. 321).

44 Véase CAMUS, G.: *L'état de nécessité en démocratie...*, op. cit. p. 194.

45 Tal como indica V. ALVAREZ (p. 62), Camus sería la principal representante de este enfoque, considerando que también en las democracias es inevitable el estado de necesidad a pesar de los obstáculos y reacciones contrarias a ello, y por supuesto compatible con el contenido del artículo 16 de la Constitución.

46 *Loi n.º 2020-2090, du 23 mars 2020, d'urgence pour faire face à l'épidémie de COVID-19*. Sobre la regulación francesa véase GARRIDO, C.: *Decisiones excepcionales...*, op. cit. pp. 64-76.

Como es bien sabido, en 1922 Schmitt publicó su Teología política, texto clave para conocer su posición sobre los poderes excepcionales y que se inicia con la célebre y tantas veces citada afirmación de que «Soberano es quien decide sobre el estado de excepción»⁴⁷. No hay que olvidar que pocas páginas después Schmitt añade que también es soberano quien con carácter definitivo decide si la situación es en efecto normal⁴⁸.

Aunque Schmitt utiliza la categoría de *Ausnahmestand*, no parece que se refiera en absoluto a lo que se entiende como regulación constitucional de los estados de excepción, sino más bien a un verdadero estado de necesidad en el que la permanencia del Estado se impone al derecho⁴⁹.

También la dictadura sería una suspensión del Derecho (pensemos en el Kierkegaard de *Temor y temblor* y sus referencias a la suspensión teleológica de lo ético) para realizarlo mediante una supresión de la situación jurídica en general y para la consecución de un objetivo, convirtiéndose la necesidad en el criterio de justificación y la dependencia finalística en lo que distinguiría a la dictadura de la tiranía⁵⁰.

La interpretación del contenido y alcance del artículo 48.2 de la Constitución de Weimar centraría los debates sobre el reconocimiento o no de un derecho de necesidad (*Notstandsrecht*) suprapositivo y no escrito. Es decir si la institucionalización del derecho de excepción recogida en el artículo 48 agotaba el *Staatsnotrecht* inmanente a la esencia y defensa del Estado, o si se disponía además del citado derecho de necesidad, como *ultima ratio* de autoconservación. Importantes representantes de la doctrina positivista (G. Anschütz, H. Nawiasky, R. Thoma, R. Grau) contemplarían el artículo 48 como una regulación exhaustiva del derecho de excepción, excluyendo incluso para casos extremos el uso de un derecho de necesidad no escrito que vulnerara la Constitución⁵¹. Cabe recordar aquí las palabras de un autor norteamericano en el sentido de que «la vida y la muerte de la República alemana de 1919-1933, en no poca medida es una historia del uso y del abuso del artículo 48»⁵².

47 «*Souverän ist, wer über den Ausnahmestand entscheidet*»

Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, se publicó en 1922 y en 1934 apareció una segunda edición, con ligeras modificaciones y una breve nota previa de Schmitt.

La editorial Doncel publicó en 1975 con el título de *Escritos políticos* e incluyendo otros textos de Schmitt, una traducción de Francisco Javier Conde.

48 SCHMITT, C.: *Politische Theologie*, 1934, p. 20.

49 «... No toda facultad extraordinaria, ni una medida cualquiera de policía o un decreto de necesidad son ya de por sí un estado excepcional. Hace falta que la facultad sea ilimitada en principio; se requiere la suspensión total del orden jurídico vigente. Cuando esto ocurre, es evidente que mientras el Estado subsiste, el derecho pasa a segundo término. La existencia del Estado deja en este punto acreditada su superioridad sobre la validez de la norma jurídica... Ante un caso excepcional, el Estado suspende el Derecho por virtud del derecho a la propia conservación». SCHMITT, C.: *Teología política*, pp. 42-43.

50 GÓMEZ ORFANEL, G.: *Excepción y normalidad en el pensamiento de Carl Schmitt*, p. 265.

51 HUBER, E. R.: *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, vol. VI, *Die weimarer Reichsverfassung*, Kohlhammer, Stuttgart, 1981, pp. 683 y ss. (690).

52 ROSSITER, C.: *Constitutional Dictatorship. Crisis Government in the modern democracies*, New York, 1963, p. 33.

En un texto recientemente publicado, L. Alvarez alude a una notable aproximación de posiciones entre autores positivistas y antipositivistas respecto a la aceptación del derecho del Estado a defenderse en caso de peligro existencial, incluso aunque no se hubiese reflejado en el derecho positivo. En su opinión, autores positivistas acabaron asumiendo resultados basados en el *Staatsnotrecht* metapositivo mediante interpretaciones extensivas del artículo 48.2 del texto constitucional⁵³.

Finalizada la segunda guerra mundial, los redactores de la Ley Fundamental desconfiaban y no tenían una buena opinión del artículo 48 y ello unido al hecho de que por entonces Alemania se hallaba sometida a la ocupación de los Estados vencedores, determinó, entre otras razones, que no se incorporara hasta junio de 1968 una regulación bastante compleja de los estados de excepción en la Ley Fundamental.

Importantes constitucionalistas como Hesse destacaron que el estado de necesidad no escrito era expresión del conflicto entre Derecho y necesidad política ante situaciones extraordinarias y que se resolvía de modo semejante a como aconsejaba la razón de Estado clásica, en la medida en que el derecho vigente quedaría desplazado si fuese necesario⁵⁴.

En 1977, se descubrió el caso Traube o *Abhör-Affäre*⁵⁵, difundido por el semanario *Der Spiegel* y acompañando documentos que demostraban que el ministro del Interior y catedrático de Filosofía del Derecho, Werner Maihofer, conocía las operaciones y las había autorizado. En la correspondiente comparecencia parlamentaria justificó la actuación de los servicios secretos aludiendo a un «estado de necesidad supralegislativo» (*übergesetzliche Notstand*) basado en el artículo 34 del Código Penal. Se inició así un gran debate jurídico-político y mediático⁵⁶ en el que además participaron profesores de Derecho Público como Kriele, que afirmó respecto al estado de necesidad, que «tal categoría es propia del Derecho penal y no del Derecho constitucional, pues en caso contrario por encima del derecho positivo y del sistema constitucional se situaría la razón de Estado, quedando además relativizada en su totalidad la legislación de emergencia»⁵⁷.

No faltaron numerosas referencias incluso a un «estado de necesidad supraconstitucional» (*Überverfassungsgesetzliche Notstand*), volviéndose a citar la rotunda posición en contra de su reconocimiento del jurista Adolf Arndt, manifestada en 1962: «Toda especulación con un estado de necesidad supraconstitucional, en

53 ALVAREZ, L.: «Positivismos y antipositivismos en la concepción del orden y la seguridad pública durante la República de Weimar», en GARCÍA, E.: *Weimar, el momento democrático de los modernos entre dos otoños revolucionarios: noviembre 1919 y noviembre 1989*, CEPC, Madrid, 2021, pp. 81-107. (p. 91 y 102).

54 HESSE, K.: *Die normative Kraft der Verfassung*, Mohr, Tübingen, 1959, p. 22 y ss.

55 El científico nuclear Klaus Traube y su familia habían sido investigados por los servicios secretos, mediante intervenciones telefónicas, control de correspondencia y sobre todo entrando, en su ausencia, ilegalmente en su domicilio para colocar micrófonos. Las razones alegadas para tales intervenciones fueron las presuntas relaciones con grupos extremistas y el temor de que pudiese transmitirles información sobre armas nucleares.

56 Un completo resumen y documentación, puede encontrarse en SEIFERT, J.: «Die Abhör-Affäre 1977 und der Überverfassungsgesetzliche Notstand. Eine Dokumentation zum Versuch Unrecht zu Recht zu machen», *Kritische Justiz*, 77, 1977, pp. 105-125.

57 KRIELE, M.: «Staatsrechtler hat Bedenken», *Die Welt*, (4 de marzo de 1977).

cuanto autorización para tomar medidas que no puedan justificarse con el propio texto constitucional, no son otra cosa que una rechazable disculpa para la ruptura constitucional, para la traición a la constitución. Quien utilice tales especulaciones se convierte en el más maligno y peligroso de los enemigos de la constitución. Bajo la apariencia del amigo, es peor que cualquier otro enemigo»⁵⁸.

Pocos años antes, en 1958, Schmitt proponía frente a la institucionalización y regulación del estado de excepción, otra posibilidad jurídicamente contraria, lo que él denominaba su puesta entre paréntesis (*Ausklammerung*), que permitiría acotar un espacio y un tiempo para tener libertad de actuación incluso *beyond the linie*. Recordando a Montesquieu, pero sin citarle, aludía a una posterior indemnidad que legitimaría lo actuado y se podría volver a la normalidad⁵⁹.

1. Los poderes de emergencia contra el terrorismo en Estados Unidos

En 2004 y desde una perspectiva no académica sino dirigida a un público más amplio, Ignatieff dedicó un libro a la consideración de un tema clásico, el «mal menor», aplicado al uso de la fuerza coercitiva por las democracias liberales tanto en los períodos normales como de emergencia⁶⁰, y que no excluiría la necesaria suspensión de derechos en las épocas de terror, incluso sus posibles vulneraciones, aunque sometidas a un control judicial posterior y justificación pública. El autor se coloca en una posición intermedia, peligrosa y no exenta de un cierto cinismo, entre la estricta observancia de los derechos y la eficacia de las medidas antiterroristas⁶¹. La postura del mal menor sostiene que en una emergencia terrorista no deberían triunfar ni los derechos ni la necesidad⁶².

58 ARNDT, A.: «Demokratie-Wertsystem des Rechts», en ARNDT, A. y FREUND, M.: *Notstandsgesetze-aber wie?*, Köln, 1963, p. 13.

59 «... La estatua de la libertad es cubierta, por un tiempo determinado, con un velo. Y cuando el velo es de nuevo retirado, reaparece —prácticamente mediante una declaración de indemnidad— el estado normal, con todas sus garantías jurídicas».

En 1958, se publicaron diversos trabajos de Schmitt en un volumen con el título de *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Duncker-Humblot, Berlín, 1958.

Al final de cada uno de los artículos Schmitt incluía comentarios añadidos y la cita procede de los recogidos al final del titulado, «El significado en el Derecho público del reglamento de necesidad, especialmente su validez jurídica», publicado por primera vez en 1931.

He utilizado la traducción contenida en *Ensayos sobre la dictadura*, Tecnos, Madrid, 2013, op. cit., pp. 394-395.

60 IGNATIEFF, M.: *El mal menor. Ética política en una era de terror*, Taurus, Madrid, 2005.

61 «Sostengo que las acciones que violan los compromisos fundamentales con la justicia y la dignidad —la tortura, la detención ilegal, el asesinato ilícito— deberían ser totalmente inaceptables. Pero la dificultad no está en definir estos límites teóricamente. El problema es protegerlos en la práctica, mantener los límites, caso a caso, cuando la gente razonable discrepe en torno a que constituye tortura, qué detenciones son ilegítimas, qué matanzas se apartan de las normas legítimas... (p. 8).

62 «La democracia está comprometida tanto con la seguridad de la mayoría como con los derechos del individuo», IGNATIEFF, p. 24.

En 2006, comentando las reacciones jurídicas a los ataques del 11 de septiembre y acontecimientos posteriores, William Scheuerman, un estudioso de Schmitt, manifestaba su sorpresa porque gran parte de los debates académicos subsiguientes habían tenido en cuenta los trabajos de Schmitt sobre los poderes de emergencia que Scheuerman consideraba incompatibles con la democracia liberal y el Estado de Derecho, calificándole además como «twentieth-century Germany's most impressive authoritarian right-wing political thinker»⁶³. Schmitt, partiendo de la paradoja de que en la emergencia el derecho se usa para suspender la actuación del mismo, habría destacado las contradicciones de las teorías liberales sobre el Estado de Derecho en el sentido de que aspiraban a desterrar del orden jurídico, el estado de emergencia, porque toda autoridad política estaría sometida al derecho, mientras que para el mencionado autor, el estado de emergencia supondría un vacío sin ley, y un agujero negro legal en el que el estado actuaría sin ataduras jurídicas⁶⁴. Lo que se propone demostrar Scheuerman por el contrario, sería la compatibilidad de la democracia liberal con los poderes de emergencia que pueden someterse con éxito a mecanismos legales y constitucionales.

Pocos años antes, en 2003, Oren Gross, profesor de la Universidad de Tel Aviv, había publicado un extenso y provocador artículo, simplemente con el título⁶⁵, en el que diferenciaba los modelos constitucionales de poderes de emergencia respecto del modelo de medidas extralegales (*Extra-Legal Measures model*), por el que manifestaba su preferencia.

Entre los modelos constitucionales incluye en primer lugar al denominado *Business as usual model*, basado en que las normas existentes sirven sin tener que ser modificadas para las situaciones de emergencia y crisis. Otros modelos pueden agruparse bajo la denominación de «*Accommodation models*», que pretenden mantener intacto el sistema en la mayor medida posible, aunque haya que realizar cambios relevantes para enfrentarse a las situaciones de emergencia. Estos modelos se consideran constitucionales, «keep the law on our side», en cuanto que parten del principio de que las normas jurídicas controlan la respuesta del gobierno ante las emergencias y las amenazas terroristas y que está sometida a los límites constitucionales.

En el modelo extralegal los agentes públicos pueden actuar sin cobertura legal, cuando consideren que tales acciones son necesarias para proteger a la nación y a los ciudadanos frente a la emergencia y reconocen abierta y públicamente la naturaleza de sus acciones a la espera de una eventual ratificación o legitimación

63 SCHEUERMAN, W.E.: «Emergency Powers and the Rule of Law after 9/11», *The Journal of Political Philosophy*, 14/1, 2006, pp. 61-84. (p. 61).

En 1999 Scheuerman había publicado un libro con un título muy significativo, *Carl Schmitt: The End of Law*, Lanham, Md. Rowman & Littlefield.

64 DYZENHAUS, D.: «Dicey v. Schmitt: are states of emergency inside or outside the legal order?», *Cardozo Law Review*, 27, 5, 2006, pp. 2005-2039 (p. 2006).

65 GROSS, O.: «Chaos and Rules: Should responses to violent crises always be constitutional?», *The Yale Law Journal*, 112, 2003, pp. 1011-1134.

de las mismas por los tribunales, el ejecutivo, el poder legislativo y sobre todo, los propios ciudadanos.

En el primer modelo, la constitución se aplica igualmente tanto en tiempos de paz como de guerra. Respecto a los poderes excepcionales que Lincoln había aplicado en la Guerra de Secesión, suspendiendo el *habeas corpus*, el Tribunal Supremo en la célebre sentencia *Ex parte Mulligan*⁶⁶, manifestó su rechazo afirmando que: «Nunca fue inventada por el ingenio del hombre una doctrina que implicara consecuencias más perniciosas que el hecho de que cualquiera de las provisiones de la Constitución pueda ser suspendida durante cualquiera de las grandes exigencias del gobierno. Tal doctrina lleva directamente a la anarquía o al despotismo, pero la teoría de la necesidad en la cual se basa es falsa; porque al gobierno dentro de la Constitución, se le otorgan todos los poderes necesarios para conservar su existencia»⁶⁷.

Gross enumera las críticas que ha recibido tal modelo al que considera basado en un absolutismo constitucional y perfeccionista, destacando su ingenuidad, dogmatismo e hipocresía frente a la realidad de la emergencia⁶⁸.

Los modelos de *Accommodation* se caracterizan por su capacidad de compromiso y flexibilidad pretendiendo aparentemente hacer compatibles el principio del Estado de Derecho y los principios democráticos con la puesta a disposición del Estado de medios para enfrentarse a las crisis. En tal sentido destacaría las *Legislative Accommodations* consistentes en modificar la legislación existente introduciendo cláusulas de emergencia o en crear una nueva legislación de emergencia, cuyo ejemplo más relevante fue la denominada Patriot Act, aprobada con una mayoría abrumadora por ambas Cámaras del Congreso en 2001⁶⁹.

Frecuentemente las denominadas democracias avanzadas no han precisado emplear potestades constitucionales para enfrentarse a las emergencias. Tal legislación suele incrementar los poderes del gobierno y estar sometida a límites temporales, pudiendo ser revisada por la jurisdicción constitucional. La legislación de emergencia se presenta como ordinaria dentro del marco constitucional⁷⁰. Los

66 U.S. Supreme Court, 71 U.S. 2 (1866).

67 Empleo la traducción recogida en: IGNATIEFF, M.: *El mal menor*, p. 49.

En contraste con la sentencia del Tribunal Supremo recordemos la posición de Jefferson en 1810, que reflejaba una clara defensa del estado de necesidad puro y duro. «La estricta observancia de las leyes escritas es uno de los grandes deberes de un buen ciudadano, pero no el superior. Las leyes de necesidad, de autoconservación, de salvar a nuestra nación cuando esté en peligro, forman parte de un deber superior. Perder a nuestra nación por adherirnos escrupulosamente a la ley escrita, supondría perder incluso la propia ley, junto a la vida, libertad, propiedad y todas las cosas que disfrutamos; tal cosa significaría sacrificar absurdamente el fin a los medios».

(Carta de Thomas Jefferson a John B. Colvin (10 de septiembre de 1810), THOMAS JEFFERSON, *Writings* (p. 1231), 1984.

68 GROSS, O.: op. cit, p. 1043 y ss.

69 *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*.

70 FEREJOHN, J.: y PASQUINO, P.: «The law of the exception: A typology of emergency powers», *International Journal of Constitutional Law*, 2,2004, pp. 210-239 (p. 215).

modelos constitucionales se fundamentarían en la capacidad para separar las emergencias y crisis de las situaciones de normalidad, lo que cada vez ha sido más difícil y problemático. Todo ello le lleva a Gross defender su modelo extralegal que tiene bastante de paradójico en la medida en que inspirado por Locke, la ética de la responsabilidad de Weber y aportaciones de Schmitt, y basándose en que las emergencias exigen respuestas extraordinarias no limitadas por argumentos constitucionales, recomienda una combinación que permita mantener las normas, pero con el suplemento de mecanismos de escape efectivos. Así los agentes públicos actuarían fuera del orden legal reconociendo abiertamente sus acciones y asumiendo los riesgos de tal extralegalidad. Correspondería al pueblo decidir directamente o a través de sus representantes como responder *ex post* a tales acciones⁷¹.

En el año 2000 Gross publicó un artículo sobre la teoría schmittiana de los poderes de emergencia⁷², en el que aludía al renovado interés por la vida y obra de Schmitt, al que calificaba como el jurista y pensador político más relevante entre los que habían apoyado al régimen nacionalsocialista, y como el indudable «*outstanding legal theorist of the notion of exception*»⁷³, realizando un agudo comentario de sus principales aportaciones sobre los poderes de emergencia, afirmando que aun rechazando sus soluciones «no podemos ignorar las importantes cuestiones que plantea». En esta línea de distanciamiento añade que su excepcionalismo es indefendible como proyecto normativo, añadiendo una nota final singular recordando que gran parte de su familia fue asesinada por los nazis⁷⁴.

Los debates y publicaciones en Estados Unidos sobre cómo enfrentarse en la teoría y en la práctica a las situaciones de emergencia causadas sobre todo por el terrorismo han sido muy abundantes y variados y es imposible analizarlos en estas páginas. Sin embargo desearía citar un texto que con un enfoque crítico ha supuesto, en mi opinión, una valiosa aportación y ya con una cierta perspectiva, dado que se publicó en Estados Unidos en 2015⁷⁵.

En el prólogo a dicho libro, Trevor Sutton afirma que el legado del 11 de septiembre ha sido inusualmente duradero en el ámbito del derecho⁷⁶. El 28 de junio de 2004 el Tribunal Supremo dictó una importante y esperada sentencia,

71 GROSS, O.: p. 1097 y 1099. El pueblo podrá considerar que habrían actuado de modo ilegítimo y pedirles cuentas, sancionarlos, obligándoles a dimitir... o por el contrario aprobar su conducta, otorgándoles inmunidad o incluso, apoyándoles electoralmente.

72 GROSS, O.: «The normless and exceptionless exception: Carl Schmitt's theory of emergency powers and the «norm-exception dichotomy», *Cardozo Law Review*, 21, 2000, pp. 1825-1868.

73 GROSS, O.: p. 1826.

74 GROSS, O.: p. 1830 y 1867.

75 FISS, O.: *Una guerra sin igual. La Constitución en tiempos del terrorismo*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

76 «... los actos legislativos y las decisiones judiciales emitidas en respuesta a las políticas antiterroristas de las administraciones Bush y Obama continúan proyectando una larga sombra sobre muchas áreas del derecho, incluida la jurisprudencia constitucional. La libertad de expresión y asociación, el debido proceso, el habeas corpus... incluso las prohibiciones de tortura y de asesinato extrajudicial»... (Prólogo, p. 11).

*Hamdi v. Rumsfeld*⁷⁷, que rechazó el que la administración tuviese competencia para clasificar y detener a ciudadanos estadounidenses como «combatiente enemigo ilegal» sin celebrar una audiencia que permitiese la presentación de pruebas. No se aceptó que el gobierno tuviese un cheque en blanco para vulnerar el derecho a un debido proceso. En *Boumediane v. Bush*⁷⁸, el Tribunal Supremo decidió en 2008 que los extranjeros detenidos en Guantánamo tenían un derecho constitucional, aunque sometido a límites, a que su detención pudiese ser revisada, es decir a solicitar un habeas corpus entendido también como una aplicación del principio de división de poderes⁷⁹.

En su texto, Owen Fiss critica que «las ramas políticas del gobierno violaran la Constitución en nombre de la seguridad jurídica, y la negativa de la judicatura a pedirles responsabilidades por ello»⁸⁰.

Personalmente considero que la apelación a estados de necesidad no previstos, ni escritos, basados en principios suprapositivos son la mayoría de las veces trampas y trucos jurídicos para desligarse del cumplimiento de la Constitución y de las leyes y en tal sentido coincido con clásicos como Jellinek⁸¹ y Kelsen⁸². Desconfío por otro lado de las justificaciones extraconstitucionales como, propone O. Gross, aunque pretendan una legitimación posterior.

Sin embargo, dicho esto, acepto que puedan surgir situaciones no previstas, en que no puedan aplicarse los preceptos constitucionales y sea preciso adoptar medidas proporcionales y temporales dirigidas a restaurar lo antes posible y mantener la supremacía normativa de la Constitución.

VI. REFLEXIÓN FINAL SOBRE EL MODELO ESPAÑOL

El constituyente de 1978 optó por la regulación de los estados de excepción en el propio texto constitucional bajo la denominación de alarma, excepción y

77 542 U.S. 507, p.509, (2004). En diciembre de 2005, como respuesta, el Congreso aprobó la Ley de tratamiento del detenido (*Detainee Treatment Act*), que entre otras cosas prohibía la tortura. El presidente Bush consideró que tal limitación podía afectar a sus poderes como comandante en jefe, sin atender a las competencias legislativas del Congreso sobre la actividad de las fuerzas armadas y a que la prohibición de la tortura se encuentra recogida en las enmiendas quinta y octava.

78 553 U. S., 723.

79 *Boumediane v. Bush*, pp. 764-766.

80 Prólogo, p. 12. En la segunda parte del libro se tratan temas como el encarcelamiento sin juicio, la tortura, la criminalización del discurso político, las escuchas sin autorización judicial y los asesinatos selectivos.

81 «Para disimular una vulneración manifiesta del orden estatal, se ha utilizado la categoría de un estado de necesidad que solo es otra manifestación de la máxima de que el Poder tiene prioridad frente al Derecho», JELLINEK, G.: *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1920, p. 359.

82 «Tras la franca aseveración de que el Estado “debería vivir”, se esconde la mayoría de las veces el deseo desconsiderado de que el Estado “debería vivir” tal como estimen adecuado aquellos que se sirven de la justificación de un “estado de necesidad”». KELSEN, H.: *Allgemeine Staatslehre*, Berlín, 1925, p. 157.

sitio y con un enfoque gradualista según la menor o mayor gravedad. (Artículo 116 CE). Lo significativo es que tal artículo figurara en el título V. «De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales», situándose en la óptica de una participación del Congreso de los Diputados menos o más intensa. El desarrollo legislativo se encomendaba a una ley orgánica que se promulgó años después (Ley Orgánica 4/1981 de 1 de junio). Por otro lado, en conexión con la suspensión de derechos constitucionales, el artículo 55.1 CE la reservaba para los estados de excepción y sitio, mientras que el 55.2 establecía una suspensión personal conecada con la actuación de bandas armadas o elementos terroristas.

El golpe de Estado del 23 de febrero que hipotéticamente hubiera justificado la declaración del estado de sitio, se produjo con los miembros del Gobierno y del Congreso secuestrados, y por ello resultaba imposible activar el artículo 116, con independencia de que no se había aprobado la mencionada ley de desarrollo⁸³.

Respecto a la actuación del Rey ordenando la paralización del golpe en ejercicio del «mando supremo de las fuerzas armadas» y actuando sin el refrendo exigido (artículos 56.3 y 64 CE), coincido con Cruz Villalón en considerarlo como un supuesto de estado de necesidad⁸⁴, interpretado como una actuación de defensa de la Constitución y lo mismo opino respecto a la formación durante unas horas de un «Consejo de Ministros», integrado por secretarios de Estado y subsecretarios⁸⁵, frente a una situación imprevisible y difícilmente imaginable, salvo para los que recordaran la actuación del general Pavía en enero de 1874.

En un artículo publicado hace un año, su autor consideraba la actuación de Juan Carlos I como «respuesta *extra constitutionem* ante situaciones de necesidad o de fuerza mayor», y un ejemplo de lo que califica como emergencia constitucional no reglada⁸⁶.

No fue necesario ningún tipo de indemnidad o ratificación jurídica posterior de tales actuaciones «extraconstitucionales». Ni el Tribunal Constitucional tuvo que pronunciarse sobre el fondo del asunto, aunque si lo hizo respecto a recursos planteados por los golpistas, básicamente relacionados con su juicio y condena⁸⁷.

En el citado texto de Cruz Villalón, publicado en 2004 con ocasión del XXV aniversario de la Constitución, se aludía a la normalidad constitucional de aquellos años⁸⁸, a la que contraponía los efectos de la violencia terrorista y el frustrado

83 La Ley Orgánica 4/1981 tiene fecha de 1 de junio y se publicó en el BOE de 5 de junio, es decir poco más de tres meses después de los sucesos del 23 de febrero.

84 CRUZ VILLALÓN, P.: «Normalidad y excepción», *REDC*, 71, 2004, pp. 187-200, (p. 198).

85 Véase, BALDA PÉREZ-PEDRERO, E.: *Las instituciones funcionaron. 25 años del golpe*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

86 FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE MAYORDOMO, P.: «El Derecho de emergencia constitucional en España: hacia una nueva taxonomía», *Revista de Derecho Político*, 107, 2020, pp. 111-145 (p. 137).

87 MARTÍN-RETORTILLO, L.: *EL 23-F. Sus secuelas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985.

88 «En el lado positivo de la balanza hay que poner desde luego la normalidad con la que se han comportado las previsiones constitucionales, ante todo, las de la constitución *ordinaria* y, como consecuencia

golpe de Estado. Nuestro autor no podía obviamente conocer la declaración del estado de alarma por la huelga de controladores aéreos en diciembre de 2010, ni por la pandemia en marzo de 2020, ni la lamentable y preocupante polarización política de los últimos tiempos, ni, y ello quiero destacarlo, la aplicación del artículo 155 a Cataluña a finales de octubre de 2017.

Dicho artículo, el más citado y conocido por los españoles en los últimos años, puede equipararse a un «estado de excepción autonómico», centrado en una cláusula de apoderamiento general: ...«el Gobierno podrá adoptar las medidas necesarias para obligar a aquélla (la Comunidad Autónoma) al cumplimiento forzoso de dichas obligaciones o para la protección del mencionado interés general».

Dichas medidas, como sabemos, produjeron el cese del Gobierno y la disolución del Parlamento catalanes mientras que, como he mantenido, la inclusión de la referencia al atentado al interés general de España, introduce una perspectiva de evaluación política y ocasionalmente de razones de Estado, y además es difícil que no suponga un incumplimiento de obligaciones constitucionales o legales, con lo que sería superfluo⁸⁹.

El Tribunal Constitucional (SSTC 89 y 90/2019) ha legitimado las mencionadas medidas y ha *juridificado* la referencia al atentado al interés general al que no considera «una cláusula general habilitante para la intervención discrecional en la autonomía» (STC 89/2019, FJ 4b). El Tribunal diferencia entre los dos supuestos, lo que no debe entenderse como exclusión o contraposición entre ambos conceptos, pues el incumplimiento de la Constitución y las leyes puede deparar... lo que también pueda llegar a considerarse un grave atentado al interés general». (STC 89/2019, FJ 4)⁹⁰.

El artículo 155 sería un instrumento que ofrecería una cobertura suficiente para algo tan relevante como «excepcionar el ordenamiento jurídico» (STC 89/2019, FJ 14) y posibilitar «la constricción de la autonomía... y la inaplicación excepcional de normas estatutarias y legales y su desplazamiento temporal por las reglas mediante las que la Cámara, a propuesta del Gobierno, determine las medidas a adoptar por el ejecutivo» (FJ 2), que actuaría así como un auténtico defensor de la Constitución.

Con fecha de 14 de julio de 2021 el Tribunal Constitucional ha adelantado el fallo de su sentencia estimando parcialmente la inconstitucionalidad de varios

necesaria, las de la Constitución *extraordinaria*. Si no ha habido lugar a la declaración de ningún estado excepcional y singularmente de los “políticos”, ello sólo ha sido debido a la constatada normalidad y rutina con la que se ha desarrollado la vida pública... Si no se ha recurrido nunca, ni se ha ponderado seriamente, la oportunidad de recurrir al artículo 155, ello se ha debido a la responsabilidad y a la madurez con la que hasta ahora se han comportado los responsables políticos, tanto centrales como autonómicos», CRUZ VILLALÓN, P., op. cit., p. 192.

89 GÓMEZ ORFANEL, G.: «Las medidas y la aplicación del artículo 155 CE a Cataluña», *REDC*, 120, pp. 345-375 (p. 353 y ss.).

90 Véase, REQUEJO PAGÉS, J.L.: «Consideraciones generales en torno a las sentencias del Tribunal Constitucional 89/2019 y 90/2019, de 2 de julio», *REDC*, 120, pp. 231-257 (p. 237).

preceptos del Real Decreto 463/2020, que declaró el estado de alarma para la gestión del Covid-19 (STC 148/2021).

Un Tribunal Constitucional muy dividido (seis contra cinco) ha considerado que una emergencia sustancialmente sanitaria, aunque no sólo eso, al generar la suspensión del derecho fundamental a la libertad de circulación, hubiese precisado de la declaración del estado de excepción. Definiéndose de esta manera aunque casi año y medio después, en el ámbito de un importante debate jurídico-político. El Tribunal Constitucional ha decidido pues sobre cuál debió ser el estado de excepción a aplicar y sobre sus consecuencias de todo tipo.

TITLE: *Exception, necessity, and Constitution*

ABSTRACT: *This article examines the various models of emergency powers and their relationships with the Constitutions and the Rule of Law. It turns first to the contributions of Reason of State doctrines and John Locke to extralegal and extraconstitutional approaches about the state of emergency. Turning next to highlight the work and influence of Carl Schmitt, the outstanding legal theorist of exceptionalism, particularly regarding the use of extraordinary tools against terrorism in the United States. Finally it contains a short commentary on the spanish regulation of emergency powers.*

RESUMEN: *El artículo examina los diferentes modelos de poderes de emergencia y sus relaciones con la Constitución y el Estado de Derecho. Se ocupa en primer lugar de las aportaciones de las teorías de la Razón de Estado y de Locke a los enfoques extralegales y extraconstitucionales del Estado de necesidad. A continuación se destaca la aportación e influencia de Carl Schmitt, sobresaliente jurista y teórico del excepcionalismo, especialmente desde la perspectiva del uso de instrumentos de emergencia contra el terrorismo en Estados Unidos. Finalmente se incluye un breve comentario sobre la regulación española de los estados de excepción.*

KEY WORDS: *Emergency powers, exceptionalism, state of emergency, constitutional dictatorship, Reason of State, Locke, prerogative, Carl Schmitt, Franquism.*

PALABRAS CLAVE: *Poderes de emergencia, excepcionalismo, estado de necesidad, dictadura constitucional, Razón de Estado, Locke, prerrogativa, Carl Schmitt, Franquismo.*

FECHA DE RECEPCIÓN: 21.06.2021

FECHA DE ACEPTACIÓN: 20.09.2021